

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op eenentwintig februari negentienhonderddrieënzeventig.

De Griffier

De President

A. Van Houtte

R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL K. ROEMER  
VAN 21 NOVEMBER 1972 <sup>1</sup>

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

In de onderhavige procedure dient het Hof zich voor de eerste maal bezig te houden met een beschikking van de Commissie krachtens artikel 86 EEG-Verdrag, op grond waarvan het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden is dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

Om te beginnen het volgende ten aanzien van de feiten:

De onderneming Continental Can Company Inc., New York („Continental”) is een internationaal belangrijke producent van metalen verpakkingen en ander verpakkingsmateriaal evenals van machines voor de fabricage en het gebruik van verpakkingen. Zij beschikt over industriële eigendomsrechten die zij exploiteert door internationale licentieverlening. Op 6 februari 1969 verkreeg zij, door verwerving van de meerderheid van het kapitaal, de controle over Schmalbach-Lubeca-Werke AG te Braunschweig („Schmalbach”), een belangrijke

producent van lichtmetalen verpakkingsmaterialen, andere verpakkingen en sluitmachines. Nog dit zelfde jaar verhoogde zij haar participatie tot 85,8 % van het nominale kapitaal.

Vervolgens trachtte Continental haar activiteit en invloed in Europa verder uit te breiden. Zij stelde een plan op om te zamen met Europese verpakkingsondernemingen een vennootschap op te richten ten einde haar Europese belangen daarin onder te brengen. In deze vennootschap zouden een Engelse verpakkingsfabrikant (The Metal Box Company Ltd. te Londen) en Franse en Nederlandse licentienemers van Continental moeten deelnemen. Dit plan vond geen genade bij de betrokken ondernemingen en kon derhalve niet doorgaan. Daarop stuurde Continental aan op een nauwere samenwerking met een Nederlandse licenció, Thomassen & Drijver-Verblifa NV („Thomassen”) te Deventer, een fabrikant van metalen en andere verpakkingen. Op 16 februari 1970 kwamen Continental en Thomassen overeen, dat Continental in Wilmington (in de Amerikaanse staat Delaware) een holding, Europemballage Corporation („Europemballage”) zou oprichten en haar Schmalbach-participatie daarin zou onderbrengen. Voorts zou Continental volgens de-

1 — Vertaald uit het Duits.

ze overeenkomst Europemballage ertoe aanzetten en in staat stellen de aandeelhouders van Thomassen (afgezien van Metal Box en Continental) overneming van de aandelen in Thomassen tegen een contant bedrag van 140,— gulden per aandeel aan te bieden. De directie van Thomassen zou haar aandeelhouders aanbevelen hun aandelen aan Europemballage over te doen. Op 20 februari 1970 werd Europemballage inderdaad opgericht, onder 100 % controle van Continental. Volgens plan werden de participaties van Continental in Europa, dus ook in Schmalbach, aan haar overgedragen. Europemballage vestigde een kantoor in New York en in Brussel. Op 16 maart 1970 publiceerde zij (en de directie van Thomassen) het bod aan de aandeelhouders van Thomassen. Op 8 april 1970 had Europemballage tegen betaling van in totaal 44,7 miljoen reken-eenheden aandelen en obligaties van Thomassen in handen gekregen, waarmee de aanvankelijke Thomassen-participatie van 10,4 % op 91,07 % was gebracht.

Deze gebeurtenissen trokken de aandacht van de Commissie die meende bezwaar te moeten maken in verband met artikel 86 EEG-Verdrag. In maart en april 1970 gingen aan de betrokkenen — Continental, Thomassen, Schmalbach en Europemballage — per brief en telex mededelingen in deze zin uit. Toen de opmerkingen der Commissie geen keer in de situatie brachten, besloot zij op 9 april 1970 tegen Continental en Europemballage een procedure ex artikel 3 van verordening nr. 17 (PB nr. 13 van 21 februari 1962) in te leiden wegens verwerving van de controleparticipatie in Thomassen.

Op 15 maart 1971 werd Europemballage te haren kantore te Brussel door het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie mededeling gedaan van de punten van bezwaar. Op 9 augustus 1971 volgde het antwoord hierop, waarna de betrokkenen bij de mondelinge behandeling zijn gehoord.

Toen de Commissie daarbij niet bleek van een toenadering der standpunten,

gaf zij op 9 december 1971 een formele beschikking (PB nr. L 7 van 8 januari 1972), bevattende de juridische beoordeling van de door haar onderzochte feiten en de daaraan verbonden gevolgen rechtens. In de beschikking wordt vastgesteld dat Continental in Duitsland, dat wil zeggen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, via Schmalbach een machtspositie inneemt op de markt van lichte verpakkingen voor vlees- en visconserven en van metalen deksels voor glazen potten. Door de verwerving van een meerderheidsdeelneming in de concurrerende onderneming Thomassen in Nederland was deze machtspositie zo zeer versterkt dat de concurrentie „praktisch” werd uitgeschakeld, hetgeen het in artikel 86 EEG-Verdrag bedoelde misbruik oplevert. Uit het feit dat Thomassen en Schmalbach voorheen in staat waren over de grenzen, vooral in West-Duitsland en de Benelux, te leveren en dat deze mogelijkheid van grensoverschrijdende mededinging door de fusie was weggevalen, moest tevens worden geconcludeerd dat het samengaan van genoemde vennootschappen invloed kan uitoefenen op de handelsstromen tussen de Lid-Staten op een wijze die nadelig kan zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van één enkele markt tussen de staten. Op deze gronden beschikte de Commissie dat Continental verplicht is aan de vastgestelde inbreuk op artikel 86 een einde te maken en daartoe voor 1 juli 1972 voorstellen aan de Commissie had te doen.

Bij nadere onderhandelingen met de Commissie trachtten de vertegenwoordigers van de vennootschappen een voor haar aanvaardbare oplossing te vinden. Daar Continental en Europemballage echter ook principieel van mening zijn, dat de Commissie artikel 86 in hun geval ten onrechte heeft toegepast, stelden zij op 9 februari 1972 beroep in bij het Hof tot nietigverklaring van de beschikking der Commissie van 9 december 1971.

In dit stadium van de procedure is het thans aan mij te onderzoeken, of de beschikking van de Commissie in stand kan blijven of wel op een van de door

verzoeksters aangevoerde gronden (die ik aanstonds onder de loep zal nemen) moet worden vernietigd. Daar partijen verdeeld worden gehouden door een groot aantal feitelijke en rechtsvragen, zal ik vóór mijn beschouwingen een overzicht van mijn indeling geven. Ten eerste zal ik spreken over de procesbevoegdheid van verzoeksters, vervolgens over de rechtsvraag of artikel 86 in een geval als dit hoegenaamd van toepassing is, dan over de vraag van economische aard of Schmalbach in de Bondsrepubliek een machtspositie innam en hoe het stond met de concurrentie tussen Schmalbach en Thomassen, en ten slotte over de vraag of de Commissie bevoegd is een beschikking aan een in de Verenigde Staten gevestigde onderneming te richten en of deze onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor handelingen van een dochtermaatschappij. Tevens zullen in dit verband een aantal formele grieven worden bekeken.

### 1. *Procesbevoegdheid*

Ten eerste is Continental New-York tegen de beschikking in het geweerd gekomen. Dit is niets bijzonders, omdat de beschikking blijkens artikel 3 uitdrukkelijk tot haar is gericht. Bovendien wordt in het dispositief vastgesteld dat Continental misbruik heeft gemaakt van een machtspositie en dat zij verplicht is de inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag te beëindigen en daartoe passende voorstellen aan de Commissie moet doen.

Daarnaast is echter ook geklaagd door Europemballage (Europemballage Corporation Brussel), dat wil zeggen de dochter van Continental, die de feitelijke verwerving van de Thomassen-aandelen wordt aangewreven. Zij voert daarvoor aan dat de volgens de verklaring der Commissie alleen bindende Franse tekst van de beschikking in het rubrum de Europemballage Corporation uitdrukkelijk vermeldt. Bovendien was de begeleidende brief bij de beschikking gericht aan Europemballage Corporation en werd de procedure ook daarin aangeduid onder het motto „Europemballage”. — Hiertegen is evenmin iets in te brengen. Ook

Europemballage wordt ongetwijfeld rechtstreeks geraakt door een beschikking waarin aanmerking wordt gemaakt op een verwerving van aandelen door haar bemiddeling.

Derhalve staat vast dat beide ondernemingen ten processe bevoegd zijn. Daar geen andere bezwaren tegen de ontvankelijkheid van het beroep zijn te vinden, kunnen wij zonder verdere prealabelen tot de behandeling van de procesbeweringen zelf overgaan.

2. Zoals gezegd, is daar in de eerste plaats de vraag of artikel 86 hoegenaamd op concentraties van toepassing is.

Ik wil de vraag eerst iets inperken. — Enerzijds laat artikel 86 stellig geen controle op fusies toe. Op dit punt verschillen partijen niet van mening; uit een vergelijking met het reeds vroeger in werking getreden artikel 66 EGKS-Verdrag, dat een uitvoerige regeling voor concentraties bevat, blijkt duidelijk genoeg dat men bij de opstelling van artikel 86 EEG-Verdrag de doelstellingen en procedure van artikel 66 EGKS niet heeft willen overnemen. — Anderzijds zal men echter nog niet mogen stellen, dat een wijziging in de marktstructuur door een concentratie van ondernemingen nimmer onder artikel 86 valt. In dit opzicht wil ik wijzen op de in de literatuur heersende en ook door verzoeksters gehuldigde mening dat artikel 86 gaat spelen, wanneer een overheersende onderneming haar machtspositie gebruikt door bij voorbeeld via haar prijzen druk op een concurrent uit te oefenen om beëindiging van de concurrentie en aansluiting bij de onderneming af te dwingen. In zo'n geval is toepassing van artikel 86 geoorloofd, omdat er dan sprake is van oneerlijk marktgedrag van een overheersende onderneming met de kennelijke bedoeling de mededinging te beperken. Intussen zij dadelijk gezegd dat deze laatste interpretatiemogelijkheid zich in casu niet voordoet. Sommige uitlatingen van de Commissie schijnen wel in die richting te duiden (bij voorbeeld waar zij zegt dat de afloop van de licentieovereenkomsten tussen Continental en Thomassen en de

noodzaak om over nieuwe overeenkomsten te onderhandelen, van invloed kunnen zijn geweest bij het besluit van de directie van Thomassen om de aandeelhouders tot verkoop te bewegen), maar uit de verklaringen van verzoeksters over het tijdstip en het verloop van de licentieonderhandelingen en over de voorwaarden van de aandelentransactie blijkt ten slotte toch zeer duidelijk dat de Commissie niet wil beweren dat bij de overneming van Thomassen door Europemballage (waarin de aandeelhouders van Thomassen het laatste woord hadden) oneerlijke middelen zijn aangewend.

De enige essentiële vraag in casu is slechts — zoals bovenbedoelde inperking duidelijk maakt — of artikel 86 ook in werking komt, wanneer een vooraanstaande onderneming door de verwerving van een andere onderneming haar marktpositie zozeer versterkt, dat er „in de praktijk” geen concurrentie van economisch belang overblijft. Dit is immers de basisstelling van de Commissie in dit verband en juist dit standpunt wordt door verzoeksters met kracht bestreden.

Om in dit aldus afgebakende kerngeschil een passend oordeel te geven, moeten verschillende punten in overweging worden genomen.

Ten eerste valt een casuspositie, zoals bedoeld door de Commissie, rechtstreeks onder geen van de vier rubrieken in de tweede alinea van artikel 86, hetgeen duidelijk blijkt bij lezing van de daar genoemde gevallen van misbruik. Op zichzelf zegt dit echter nog niets definitiefs over de toepassing van artikel 86, omdat reeds de woorden „met name” erop wijzen dat het in die gevallen slechts om voorbeelden gaat en niet om een uitputtende opsomming.

Voorts zij bedacht dat de formulering „misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt” in de eerste alinea van artikel 86 schijnt in te houden dat voor de toepassing van deze bepaling de machtspositie als *instrument* en op laakbare wijze moet zijn gebruikt; deze criteria zouden derhalve noodzakelijk zijn als elementen voor de rechtstoepas-

sing. Indien dit inderdaad zo is, dan kan artikel 86 in ons geval zeker niet worden toegepast, daar — zoals gezegd — ook de Commissie meent dat Continental haar via Schmalbach verkregen machtspositie niet als instrument heeft gebruikt bij de verwerving van de aandelen-Thomassen.

Hiertegen brengt de Commissie weer in dat dit punt (gebruik van een machtspositie) inderdaad wel een rol speelt in de voorbeelden sub a), c) en d) van artikel 86, tweede alinea, doch als element in het voorbeeld b) geheel op de achtergrond staat. Daarin wordt als misbruik eveneens beschouwd het „beperken van de produktie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers”, dat wil zeggen interne handelwijzen waarbij de machtspositie niet instrumenteel is, doch slechts sprake moet zijn van een benadeling der verbruikers, dus van een bepaalde *werking* op de markt. Hierop voortbordurend, tracht de Commissie haar vorenomschreven stelling aan de hand van artikel 86, tweede alinea, sub b), te rechtvaardigen en aan een beperking van de concurrentie door versteviging van een machtspositie een misbruikarakter toe te kennen, omdat de consumenten kunnen worden benadeeld door de verminderde keuzemogelijkheden. Een belangrijke rol spelen voor haar in dit verband ook de Verdragsbeginzelen en -doeleinden, die zijn te vinden in de preambule van het Verdrag (het waarborgen van „eerlijkheid in de mededinging”) en artikel 3, sub f), („de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst”). Bovendien leidt zij uit artikel 85, lid 3, sub b), een grondbeginsel af, dat in het algemeen bepalend zou zijn voor het mededingingsrecht in het Verdrag, namelijk dat de mededinging niet „voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten” mag worden uitgeschakeld.

De beslissende vraag is nu dus of wij met de gevolgtrekkingen van de Commissie kunnen meegaan of dat deze — zoals verzoeksters menen — op ernstige be-

zwaren stuiten. Ik moge al dadelijk zeggen dat ik na afweging van alle relevante factoren tot de overtuiging kom dat tegen de stelling der Commissie wel de nodige bedenkingen zijn te maken.

Het is duidelijk dat de Commissie doende is artikel 86 *extensief* uit te leggen, doordat zij een benadeling der verbruikers wegens beperking der produktie vanuit een overheersende positie gelijkstelt met aantasting van consumentenbelangen, die het gevolg kan zijn van het uitvallen van een concurrent, dus van beperking van de keuzemogelijkheden. Deze interpretatie moet principieel argwaan wekken bij een zo ingrijpende bepaling als artikel 86, dat een verbod (met als vermoedelijk gevolg civielrechtelijke nietigheid) bevat en overtreding bestraft. Hier valt veel te zeggen voor de stelling dat een enge interpretatie, dus voorzichtigheid met analogieopgingen, geboden is en dat — zoals verzoeksters menen — de handeling althans onder de *aard* van de voorbeelden in artikel 86, tweede alinea, sub a) tot en met d), moet vallen. Men dient hier, anders gezegd, uit te gaan van het adagium *in dubio pro libertate*, dat voor de overeenkomstige bepaling in paragraaf 22 van de Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bij herhaling door gezaghebbende auteurs wordt aangevoerd ten einde tot een nauwe aansluiting bij de tekst der bepaling te komen.

Inderdaad kan niet worden ontkend — ik zeg dit in verband met het essentiële vereiste van de rechtszekerheid — dat een benadeling van de verbruikers in de zin van de hier alleen bruikbare norm van artikel 86, tweede alinea, sub b), een aanzienlijk nauwkeuriger element is als de beïnvloeding van de keuzemogelijkheden der verbruikers door het uitvallen van een concurrent, wat slechts tot benadeling *kan* leiden. Juist uit het onderhavige geval blijkt zeer duidelijk dat de noodzakelijke economische waarderdingen op dit punt uiterst moeilijk zijn en dat de rechtsgevolgen bij de stelling der Commissie derhalve nauwelijks zijn te voorzien. Daartegenover kan ook niet worden gewezen op de mogelijkheid

krachtens artikel 2 van verordening nr. 17 een negatieve verklaring aan te vragen, omdat — afgezien van de duur van deze procedures — een dergelijke verklaring geen legaliserend effect heeft.

Tegen de argumenten die de Commissie voor haar standpunt put uit de Verdragsbeginselen en -doeleinden in de preambule en de beginartikelen van het Verdrag, is bovendien nog het volgende in te brengen. Het is wel in confesso dat het bij bedoelde teksten gaat om verklaringen en normen die zich niet voor rechtstreekse toepassing lenen. Dit blijkt met name uit artikel 3, dat op tal van punten uitvoeringsbepalingen van de Lid-Staten of de Raad verlangt of — zoals in de woorden „onder de voorwaarden in dit Verdrag voorzien” besloten ligt — naar andere bepalingen in het Verdrag zelf verwijst. Wat de onderhavige bepaling van artikel 3, sub f), betreft, volgt zulks vooral ook uit de zeer algemeen gehouden formulering. Hieruit kan immers net zo min nauwkeurig worden afgeleid, wat onder „vervalsing van de mededinging” wordt verstaan, als uit de preambule van het Verdrag een exact criterium voor het begrip „eerlijke mededinging” is op te maken. Men dient daartoe de artikelen 85 en 86 op te slaan. Uit artikel 85 blijkt evenwel dat een beperking van de concurrentie, dus een inbreuk op de regel van onvervalste mededinging, kan worden gedoogd, indien aan de voorwaarden van lid 3 is voldaan. Uit artikel 86 volgt voorts, dat het Verdrag zelfs de afwezigheid van enige concurrentie, dus een zuiver monopolie, duldt. Men mag dit zeggen omdat artikel 86 geen onderscheid naar de mate van marktbeheersing maakt en niet — zoals section 2 van de Sherman Act die bij de opstelling van het Verdrag alleszins bekend was — reeds de poging om een monopoliepositie te scheppen verbiedt. Bovendien bevat artikel 86 EEG-Verdrag juist niet het in artikel 66 EGKS-Verdrag en artikel 85, lid 3 b), EEG-Verdrag wel gemaakte voorbehoud dat een „daadwerkelijke mededinging” niet mag worden verhinderd, respectievelijk de mogelijkheid niet mag worden gegeven de me-

dedinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten uit te schakelen.

De verwijzing naar de fundamentele verdragsartikelen levert dus niets op voor de stelling der Commissie, doch bovendien zijn hiertegen nog twee andere niet onbelangrijke argumenten in te brengen. — Ten eerste mag men niet vergeten dat artikel 86 een volstrekt verbod bevat, dus zonder mogelijkheid van wettiging. Bij toepassing van dit artikel op het onderhavige soort gevallen zou deze interpretatie uit een oogpunt van industriepolitiek tot hoogst ongewenste gevolgen kunnen leiden. — Anderzijds kan de stelling der Commissie, waarmee zij althans de zwaarste gevallen van ongewenste fusies wil aangrijpen, tot gevolg hebben dat de aandacht wordt afgeleid van het algemene probleem van de controle op fusies, hetgeen evenzeer onjuist zou zijn. Mijns inziens is het standpunt dat artikel 86 zich principieel niet leent voor een controle op fusies, meer in het belang van een gezonde concurrentieordeening in de Gemeenschap en moet men niet de schijn wekken dat het omvangrijke probleem van de controle op fusies althans voor een deel kan worden opgelost, wanneer met een extensieve interpretatie van artikel 86 gevallen worden bestreken waarin slechts een onbelangrijke, marginale restantconcurrentie verdwijnt en die mededingingsrechtelijk dus niet het schadelijkst zijn. Deze rechtspolitieke overweging is misschien niet van beslissend belang, maar bij een algemene beoordeling van de problematiek mag zij toch niet geheel over het hoofd worden gezien.

Tot slot van deze beschouwingen over de kernvraag van het geding kan ik dus slechts het volgende vaststellen: naar mijn mening zijn de argumenten die verzoeksters aan de bewoordingen en opzet van de mededingingsregels van het Verdrag ontleen, mede gelet op verwijzingen naar de voorgeschiedenis van het Verdrag en uitlatingen van vooraanstaande deskundigen, zo zwaarwegend dat de stelling der Commissie inzake de uitlegging van artikel 86 en de toepassing ervan op gevallen van een versterkte

marktpositie waarvan geen ongeoorloofd gebruik is gemaakt, niet meer gegrond voorkomt. Derhalve dient de bestreden beschikking te worden vernietigd, daar zij in artikel 86 van het Verdrag geen rechtsbasis vindt.

3. Zoals gezegd, zal ik mijn beschouwing met deze constatering niet afsluiten. Ik zou nog willen ingaan op de vraag of de vaststelling van de Commissie dat Continental via Schmalbach een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt inneemt, gegrond is. Voorts zal ik onderzoeken of de Commissie tot een juist oordeel is gekomen over de gevolgen van de aaneensluiting van Schmalbach met Thomassen in de holding Europemballage voor de mededingingsverhoudingen in de gemeenschappelijke markt. Het is daarbij niet mijn bedoeling — wat in verband met mijn tot dusver bereikte conclusies begrijpelijk moge zijn — de vrij ingewikkelde, in hoofdzaak economische vragen die zich hier voordoen, uitputtend te behandelen. Ik wil slechts enkele problemen aanroeren en trachten deze globaal te beantwoorden.

a) Allereerst de machtspositie van Schmalbach.

De Commissie gaat er hier vanuit dat er sprake is van een machtspositie, als de mogelijkheid bestaat van onafhankelijk gedrag waarbij men kan handelen zonder in aanzienlijke mate rekening te hoeven houden met concurrenten, afnemers of leveranciers. Dit standpunt is stellig in overeenstemming met de heersende leer en met wettelijke criteria (bij voorbeeld paragraaf 22 van de Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen en artikel 66 EGKS-Verdrag). Ook verzoeksters zijn het hierin met de Commissie eens. Van belang is vooral dat de Commissie niet, zoals door velen wordt bepleit om artikel 86 in ruime zin juist ook op concentraties toe te passen, wil volstaan met een aanmerkelijke invloed op de markt. De juistheid van dit uitgangspunt blijkt met name ook uit de voorbeelden van misbruik in artikel 86. Deze zijn slechts denkbaar bij een machtspositie in de zin van de bovenstaande omschrijving.

De Commissie merkt in de bestreden beschikking voorts op dat van een machtspositie kan worden gesproken, wanneer het marktaandeel, of het marktaandeel samen met technische kennis, grondstoffen of kapitaal, de mogelijkheid verschaft voor een belangrijk deel der betrokken produkten de prijzen te bepalen of de produktie of de distributie te beheersen. Daarvan uitgaande, onderzoekt zij eerst het marktaandeel van Schmalbach in de Bondsrepubliek op het gebied van licht verpakkingsmateriaal voor vlees- en visconserven en metalen deksels voor glazen potten. Zij meent daarbij het volgende te kunnen vaststellen:

- i) Schmalbach heeft op de markt van blikken voor vleesconserven 70 tot 80 % van het Duitse verbruik, met een zeer zwakke substitutieconcurrentie;
- ii) Schmalbach heeft voorts in de blikken voor visconserven, waar glazen potten en kunststofverpakkingen een geringe plaats innemen, 80 tot 90 % van het Duitse verbruik;
- iii) ten slotte heeft Schmalbach, als enige licentiehouder van White Cap-deksels, in Duitsland in de sector metalen deksels een marktaandeel van 50 tot 55 %.

Tevens dient men volgens de Commissie te bedenken dat Schmalbach ook nog machines voor de fabricage en het gebruik van metalen verpakkingen vervaardigt, dat zij een door octrooien, *know-how* en informatieuitwisseling met andere licentiehouders van Continental afgedekte technologische voorsprong heeft en dat zij een breed gespreid produktieprogramma voert. Wordt ten slotte nog — aldus de beschikking — rekening gehouden met de economische betekenis van de groep, zoals die uit een vergelijking met de grootste Duitse concurrent blijkt, en met haar toegangsmogelijkheden op de kapitaalmarkt, dan lijdt het geen twijfel dat Schmalbach in Duitsland op bedoelde markten een machtspositie inneemt.

De verzoeksters komen met kracht hierop tegen. Zij betwisten de gestelde waar-

den van de marktaandelen, zowel wat betreft de genoemde markten in Duitsland als met betrekking tot de relevante substitutieconcurrentie en de geografische basis, met name het meerekenen van de importen in de Bondsrepubliek. Ook wijzen zij op de invloed van de vraagzijde en op de mogelijkheid van eigen fabricage door de verpakkende industrie. Tevens voeren zij aan (zonder dat deze opsomming volledig is) dat ook het marktgedrag en het winstverloop van Schmalbach niet bepaald op een machtspositie van deze onderneming duiden. Laten wij deze opmerkingen eens nader bezien.

Te beginnen met de door de Commissie opgegeven marktpercentages in Duitsland, blijkt al spoedig dat zich geen problemen voordoen met de marktgegevens voor de vis- en vleesconservenblikken, maar wel met die inzake de metalen sluitingen. Immers, als ik het goed heb, bestrijden verzoeksters niet de berekening van het visconservenblikpercentage. Het vleesconservenbliktaandeel is volgens verzoeksters echter slechts 65 %, indien men — wat de Commissie heeft nagelaten — rekening houdt met een aantal andere Duitse producenten en met de importen. Tijdens de procedure is evenwel gebleken dat de door verzoeksters bedoelde andere Duitse producenten in de berekening van de Commissie zijn meegeteld en dat ook de importen in aanmerking zijn genomen. Dat de importen de berekening uiteindelijk niet beïnvloedden, komt eenvoudig omdat zij ongeveer opwogen tegen de exporten, die uiteraard evenzeer (als aftrekpost) moesten worden meegerekend bij de bepaling van het marktaandeel. — Alleen over het marktaandeel voor metalen deksels zijn dus thans opmerkingen te maken. Volgens verzoeksters is dit aandeel niet 50 tot 55 %, doch slechts 42 %, daar de Duitse statistiek wegens een fout in de opgave van een Schmalbach-fabriek tot een te laag cijfer van de totale produktie was gekomen. Dit punt is intussen niet volledig opgehelderd. Volgens de Commissie is de opmerking van verzoeksters niet zeer geloofwaardig,

want wanneer men uitgaat van het onbetwiste marktaandeel van Schmalbach in de gehele sector metalen deksels, zou het marktpercentage van Schmalbach voor kroonkurken op een onhoudbaar lijkend peil komen te liggen. Bij de mondelinge behandeling persisteerden verzoeksters echter in hun betwisting. Dit geschilpunt vraagt dus nog om nadere opheldering, tenzij de bestreden cijfers hoe dan ook voldoende worden geacht voor een beoordeling, daar zij in ieder geval niet op een belangrijk marktaandeel duiden.

Bij de berekening van het marktaandeel is het beeld volgens verzoeksters eveneens scheefgetrokken, omdat de Commissie alleen naar de Bondsrepubliek heeft gekeken, dus de buitenlandse handel buiten beschouwing heeft gelaten, en omdat de mededinging van substitutieproducten is veronachtzaamd. — Hierbij is mijns inziens het volgende aan te tekenen. Over de buitenlandse handel in vleesconservenblikken heb ik al aangeduid waarom die in dit verband niet van belang is. Hetzelfde geldt — als ik het juist zie — voor de visconservenblikmarkt, waar de buitenlandse handel blijkbaar van bescheiden omvang is. Bij de metalen deksels kan de buitenlandse handel echter wel van belang zijn. Hier speelt de leveringsafstand niet zo'n rol als bij visconserven en vleesconservenblikken, en ook het feit dat zij in licentie worden vervaardigd (althans wat White-Cap-sluitingen betreft) is niet van belang, omdat voor de licenciés geen territoriale leveringsbeperkingen gelden. Importleveringen van Franse, Britse en andere fabrikanten schijnen dan ook (zoals uit de bestreden beschikking zelf overigens ook blijkt) vrij aanzienlijk te zijn. Bovendien zijn zij veel hoger dan de exporten uit de Bondsrepubliek, zodat het ten deze gerechtvaardigd is van een andere relevante geografische markt uit te gaan dan de Commissie doet, en het marktaandeel zo mogelijk nog lager aan te slaan dan volgens de door verzoeksters gewenste correctie. — Ook hetgeen verzoeksters met name ten aanzien van de vlees- en visconservenblikmarkt hero-

gen over de concurrentie van substitutieproducten uit glas en kunststof, lijkt niet van alle grond ontbloeit. Men kan zich niet aan de indruk onttrekken dat in de beschikking te weinig aandacht aan dit punt is geschonken. In ieder geval geeft te denken, wat verzoeksters naar voren brengen over de noodzakelijke investeringen om op een ander verpakkingstype over te gaan, en over het feit dat een aantal verpakkers zelf beschikt over afvulapparatuur voor alle mogelijke verpakkingsmiddelen. Verder zij gewezen op uitspraken van het Supreme Court van de Verenigde Staten (die door verzoeksters onweersproken worden geciteerd op bladzijde 36 van hun antwoord op de ingebrachte punten van bezwaar) over de concurrentie tussen glasverpakkingen en metalen verpakkingen. Bovendien is te overdenken wat verzoeksters, onder opgave van cijfers, mededelen over de toenemende substitutietrend en de ontwikkeling van plastic verpakkingen bij grote ondernemingen. Men mag dit volgens mij niet zo maar negeren, ook al worden aan de substitutieconcurrentie door verschillende factoren natuurlijk bepaalde grenzen gesteld. Zo gezien, is het echter denkbaar dat men na een grondiger marktonderzoek, waarvan in de beschikking niet blijkt, de genoemde marktpercentages zal moeten corrigeren, hetgeen nog verder afdoet aan hun toch al beperkte waarde.

Volgens verzoeksters moet bij de beoordeling van een eventuele machtspositie ook in aanmerking worden genomen dat belangrijke kopers een machtige vraagzijde vormen en dat de dreiging van zelf-fabricage (in enkele gevallen reeds gerealiseerd) een matigende invloed op de leveranciers heeft. Aan de door verzoeksters in dit verband gegeven cijfers en toelichtingen mag niet elke betekenis worden ontzegd, al leggen zij uiteindelijk niet veel gewicht in de schaal. Het betoog houdt immers geen stand tegenover het onbetwist grote aantal kleine afnemers die bij de gebrekkige markttransparantie niet zonder meer van de vraagdruk van de grote kopers zullen meeprofiteren en evenmin om voor de hand lig-



gende redenen gemakkelijk tot eigen fabricage kunnen overgaan. Ik meen dan ook dat, indien op deze markt van een macht kan worden gesproken, de aanwezigheid van een overheersende positie niet afdoende met bovengenoemde argumenten kan worden bestreden, en ik zal derhalve niet tot in alle deels omstreden details ingaan op de door verzoeksters ingebrachte bezwaren.

Waar intussen echter reeds is gebleken dat de berekeningen van de marktpercentages door de Commissie niet boven iedere twijfel zijn verheven, en wanneer men voorts bedenkt dat alleen uit markt-aandelen toch al zelden dwingende conclusies zijn te trekken over het bestaan van een machtspositie, dan is het duidelijk dat de bijkomende overwegingen van de Commissie tot staving van een machtspositie van Schmalbach extra aandacht verdienen. Volgens deze overwegingen zou de machtspositie van Schmalbach mede in de hand worden gewerkt door het feit dat zij tevens machines voor de verpakkingsector vervaardigt, en zou rekening moeten worden gehouden met de technologische voorsprong van de groep evenals met het bestaan van concurrentie beperkende afspraken.

Maar ook tegen deze overwegingen konden verzoeksters ernstige bezwaren inbrengen. Met name geldt dit voor het laatste punt, de concurrentie beperkingen die zouden voortvloeien uit licentieovereenkomsten, een systeem van marktinformatie en de aanwezigheid van een commerciële commissie. Na het weerwoord van verzoeksters is inderdaad niet geheel duidelijk, welk markteffect van deze factoren uitgingen en uitgaan. Ook kan worden gesteld dat dit buiten de onderhavige procedure staat, omdat tegen een dergelijke afscherming van marktmacht kan worden opgetreden met artikel 85. — Wat de technologische voorsprong betreft, werd terecht de vraag opgeworpen, of de Commissie haar oordeel duidelijk genoeg heeft gemotiveerd. Inderdaad moet natuurlijk nauwkeurig worden onderzocht hoever de betrokken octrooien en licentieovereenkomsten van de groep in omvang en betekenis gaan

en wat precies de technische *know-how* inhoudt die in deze industrie blijkbaar van groot belang is. — Wat ten slotte de vervaardiging en verkoop van machines voor het produceren en sluiten van verpakkingen betreft, kunnen pas dwingend de conclusies worden getrokken, wanneer eerst is uitgemaakt wat de rol is van de overeenkomsten voor de verhuur van verpakkingsmachines met bepalingen over het gebruik van een bepaald soort verpakkingen, en hoe het staat met de mogelijkheid dergelijke machines — aldus verzoeksters — uit tal van andere bronnen te betrekken. — Ook op deze hier besproken belangrijke nevenpunten krijgt men derhalve de indruk dat de Commissie met de vereiste onderzoeken niet ver genoeg is gegaan om tot een onomstotelijk oordeel op grond van betrouwbare gegevens over de kwestie van de marktmacht te komen.

Ten slotte moeten wij nog vaststellen dat de Commissie geen marktgedrag van Schmalbach kon aantonen, waaruit een machtspositie is af te leiden. Hoewel een dergelijk bewijs voor de toepassing van artikel 86 niet direct noodzakelijk is, zou het in een situatie als deze toch een belangrijke indicatie opleveren. Terwijl de Commissie hier aanvoert dat de concurrenten van Schmalbach in het algemeen met haar prijsbeleid meedingen, is ten processe gebleken — en dit is zeker van belang — dat de verzoeksters onweersproken voorbeelden van een afwijkende gedragslijn konden noemen. Ook dient men te kijken naar de winsten bij Schmalbach en het verloop hiervan over een aantal jaren. Dat hieruit en vooral uit een vergelijking met winstcijfers van andere producenten van verpakkingen en ondernemingen van vergelijkbare omvang geen aanwijzingen voor een marktbeheersend gedrag zijn te vinden, kan niet zonder invloed zijn bij een algemene beoordeling van de situatie.

Daar de Commissie blijkbaar ook niet heeft getracht (wat bij artikel 86 toch wel nodig lijkt) een marktanalyse over een langere periode te maken en met name ontwikkelingstendenzen op een blijkbaar snel veranderende markt (waar-

onder het optreden van nieuwe marktpartners) op te sporen, moet tot slot van deze beschouwingen inderdaad worden vastgesteld dat het zeer te betwijfelen valt of de Commissie is geslaagd met haar bewijs voor een machtspositie van Schmalbach.

b) Zoals gezegd, is naar het oordeel der Commissie misbruik van een machtspositie te onderkennen in de omstandigheid dat na de verwerving van de aandelen-Thomassen door Europemballage elke concurrentie op de relevante markten in de praktijk was uitgeschakeld. Ook over dit onderdeel van de economische overwegingen der Commissie wil ik nog enkele opmerkingen maken. Daarbij doet zich het volgende beeld voor.

Volgens verzoeksters moet men uitgaan van de vraag of vóór de verwerving van de aandelen-Thomassen door Europemballage hoegenaamd sprake was van een zodanige concurrentie tussen Schmalbach en Thomassen, dat door de uitschakeling hiervan een merkbare, dus relevante, verandering in de mededingingsverhoudingen is ingetreden. Op grond van hetgeen aan het licht is gekomen, is dit zeer de vraag. Immers, niet alleen uit de cijfers in de beschikking zelf, maar ook uit de antwoorden op vragen van het Hof blijkt dat het wederzijdse handelsverkeer in de onderhavige sectoren tussen Nederland en de Bondsrepubliek uitzonderlijk gering van omvang was, en wel met name wat de deelneming van de betrokken ondernemingen aan dit verkeer betreft. Naar mijn indruk geldt dit in ieder geval voor vlees- en visconservenblikken; alleen op het gebied van de metalen deksels, waar het marktaandeel van Schmalbach echter nauwelijks de hypothese van een machtspositie rechtvaardigt, was er een grensoverschrijdende handel van enige betekenis.

De Commissie is ten deze van mening dat juist concurrentie beperkende overeenkomsten de oorzaak waren van deze geringe buitenlandse handel; de enkele argumenten die zij daartoe aanvoert (en waaruit zij trouwens slechts een vermoeden afleidt) kunnen evenwel geen solide oordeel op deze essentiële punten schra-

gen. — Na al hetgeen is voorgedragen, mag integendeel niet zonder meer worden uitgesloten dat de geringe buitenlandse handel zijn oorzaak vindt in de afwijkende normen (de typische kenmerken der produkten, zoals afmeting, vorm, gewicht, materiaal) van de verpakingsfabrikanten in de verschillende landen. Zo zou, volgens verzoeksters, in de Bondsrepubliek het accent bij de vleesverpakking meer liggen op blikken voor worstconserven en in Nederland op blikken voor hamconserven, die speciaal voor export zijn bestemd en aan bijzondere vereisten en maten moeten voldoen. Bovendien moet men bedenken dat de weinig omvangrijke Nederlandse visconservenblikmarkt, die bovendien nog een dalende lijn vertoont, voor buitenlandse concurrenten niet veel aantrekkelijks heeft. Op zijn minst mag worden gezegd dat wat meer gegevens op dit punt verhelderend zouden hebben gewerkt, niet alleen wat betreft de beïnvloeding van de feitelijke mededinging door de gewraakte fusie, maar ook voor de *potentiële* concurrentie tussen Schmalbach en Thomassen, waarop de Commissie uiteindelijk het zwaartepunt heeft gelegd.

Wat deze potentiële concurrentie aangaat, kan na de uiteenzettingen van verzoeksters overigens ook nog worden opgemerkt dat het niet geheel duidelijk lijkt of zij te realiseren was geweest langs de door de Commissie bedoelde weg, dat wil zeggen door afzet via de ondernemingen waaraan Thomassen respectievelijk Schmalbach gelieerd zijn en die zijn gevestigd in het gebied van de potentiële concurrent. Ten deze geeft het in ieder geval te denken dat deze ondernemingen niet kunnen worden geacht onder controle van Schmalbach of Thomassen te staan. Bovendien zou voor de bereidheid om afzet voor Schmalbach en Thomassen te verzorgen, toch ook het eigen produktieprogramma een rol spelen. Een te sterke overeenkomst zou evenals een te grote afwijking stellig belemmerend werken.

Voor zover aan potentiële concurrentie al beslissende betekenis wordt toegekend, had men ten slotte ook — dit

moet verzoeksters eveneens worden toegegeven — op dit moeilijke punt een uitgebreider onderzoek moeten instellen en, op grond van de nog aanwezige concurrentie en aan de hand van de kenbare ontwikkelingsstendensen (zoals de invoertrend of de komst van nieuwe concurrenten), een model moeten maken van de toekomstige ontwikkeling op het onderhavige gebied. In elk geval is betoogd dat op de betrokken markt aanzienlijke hoeveelheden metalen deksels uit Engeland en Frankrijk zijn aangevoerd en dat ook leveranties van vlees- en visconserveblikken uit Frankrijk en zelfs in zekere mate uit Denemarken hebben plaatsgevonden. Dit punt evenals het redelijkerwijs te verwachten verloop van de — ook na de fusie van Schmalbach met Thomassen bestaande — concurrentie op de markt met derden bij de verdere verwezenlijking en uitbreiding van de gemeenschappelijke markt, hadden stelling een onderdeel moeten vormen van een volledig onderzoek der problemen die bij de Commissie zijn gerezen.

Ook wat de wijziging van de concurrentieverhoudingen betreft, is derhalve niet te miskennen dat de bevindingen der Commissie niet vrij zijn van elke twijfel, zodat eveneens op dit punt van de economische beoordeling nauwelijks kan worden gezegd dat de beschikking van de Commissie hecht en onaantastbaar is gefundeerd.

4. Verzoeksters werpen verder nog twee grieven op betreffende de rechtspositie van Continental, waarop ik slechts globaal zal ingaan.

Ten eerste wordt opgemerkt dat de gewraakte verwerving van aandelen heeft plaatsgevonden door Europemballage, een dochteronderneming van Continental met eigen rechtspersoonlijkheid, zodat twijfelachtig zou zijn of de handelingen van de dochter zonder meer aan de moeder kunnen worden toegerekend en de Continental-groep dus als eenheid kan worden behandeld. — Ten tweede wordt gesteld dat Continental in de gemeenschappelijke markt niet commercieel werkzaam is; overeenkomstig de internationale praktijk moet derhalve worden

aangenomen dat zij buiten de jurisdictie der Gemeenschapsinstanties valt.

Dat deze grieven niet kunnen slagen, behoeft mijns inziens geen uitvoerig betoog.

a) Wat het eerste punt aangaat, behoeven men niet bij de nationale rechtsstelsels (met inbegrip van het Amerikaanse) te rade te gaan voor de vraag, tot op welke hoogte ondernemingen voor hun dochtermaatschappijen aansprakelijk kunnen worden gesteld en in hoeverre juist het mededingingsrecht uitgaat van moeder- en dochtermaatschappijen als economische eenheden. Ten deze kan vooral worden gewezen op Uw eigen rechtspraak, zoals het arrest in de zaak 22-71, evenals op de kleurstoffenarresten tegenover ondernemingen uit derde landen. Daarin komt immers dezelfde gedachte naar voren. Dat men deze lijn ook hier moet volgen en dus — anders dan verzoeksters menen — zal moeten aannemen dat Europemballage geen blijk heeft gegeven van autonoom optreden en in de relevante periode economisch niet zelfstandig was, volgt mijns inziens reeds uit het feit dat Continental aan Europemballage de middelen voor de verwerking van de aandelen-Thomassen ter beschikking heeft gesteld en dat Europemballage nog niet volledig haar beslag had gekregen op het ogenblik dat Continental haar een bod liet uitbrengen. De Commissie heeft zich derhalve terecht niets aangetrokken van een eventuele juridische zelfstandigheid van Europemballage.

b) Uw rechtspraak verschaft bovendien een duidelijke oplossing voor het door verzoeksters opgeworpen jurisdictieprobleem. Op grond hiervan is het namelijk voor een ingrijpen van de Gemeenschapsinstanties krachtens het communautaire mededingingsrecht voldoende dat van een bepaald optreden op de gemeenschappelijke markt blijkt (zaak 52-69, Jurisprudentie, 1972, blz. 787) en dat handelingen van ondernemingen in derde landen binnen de gemeenschappelijke markt effect sorteren (zaak 22-71, Jurisprudentie, 1971, blz. 949). Daar de Com-

missie zich echter baseert op de verwerking van de Thomassen-aandelen binnen de gemeenschappelijke markt en de daardoor veroorzaakte wijziging in de mededingingsverhoudingen binnen de gemeenschappelijke markt, kan niet worden ontkend dat haar ook rechtsmacht toekomt over een Amerikaanse onderneming die deze wijzigingen heeft bewerkstelligd.

5. Ten slotte zijn er nog een aantal vorm- en procedureklachten, die eveneens in enkele woorden zijn af te doen.

a) Twee hiervan kunnen zonder meer worden verworpen, namelijk de grief dat de procedure onjuist is aangegeven in het Publikatieblad van 8 januari 1972, en de grief dat de beschikking langs diplomatieke weg aan Continental had moeten worden toegezonden.

Deze bezwaren schieten over de zaak heen, daar zij betrekking hebben op gebeurtenissen na het verschijnen der beschikking, die haar geldigheid niet kunnen aantasten.

b) Even kort kan ik zijn over de grief, klagende dat de Commissie haar rechtsopvatting inzake artikel 86 onvoldoende heeft gemotiveerd en dat zij nauwelijks op het antwoord van verzoeksters op de punten van bezwaar ingaat maar deze bezwaarpunten in de beschikking eigenlijk alleen maar herhaalt.

Het is echter evident dat de beschikking niet onaanzienlijk verschilt van de ingebrachte punten van bezwaar, waaruit blijkt dat de Commissie rekening heeft gehouden met het antwoord van verzoeksters. — Ofschoon de beschikking geen leerstellige uiteenzettingen bevat, ligt hierin toch duidelijk de rechtsopvatting besloten, waardoor de Commissie zich bij de toetsing van het onderhavige geval aan artikel 86 heeft laten leiden. — Aangezien volgens de rechtspraak ten slotte ook vaststaat dat een afwijzing van afwijkende rechtsopvattingen in een beslissing niet behoeft te worden gemotiveerd (zaken 56 en 58-64, Jurisprudentie, 1966, blz. 449), kan deze klacht niet slagen.

c) Wat het verwijt betreft, dat de Commissie met haar beschikking voorts de bepalingen inzake de keus van de te gebruiken taal miskent (namelijk artikel 3 van verordening nr. 1 van 15 april 1958, P.B. nr. 17 van 6 oktober 1958), zij opgemerkt dat juist uit de aangehaalde bepaling moet worden geconcludeerd dat de Commissie in deze keus vrij is bij beschikkingen, gericht aan een onderneming in een derde land. Daar verzoekster sub 1) bovendien een kantoor in Brussel heeft en de punten van bezwaar der Commissie deels in het Frans zijn beantwoord, is er zeker geen bezwaar te maken tegen de formulering der beschikking in het Frans.

d) Resten dan nog een aantal klachten over het horen van verzoeksters vóór de vaststelling van de beschikking, of juist gezegd, de vragen of de punten van bezwaar uitvoerig genoeg waren, of het mondeling horen wel deugdelijk heeft plaatsgevonden en of ook Continental wel voldoende erbij is betrokken geworden.

Ten deze kan kortweg het volgende worden gezegd:

aa) In de rechtspraak is uitgemaakt dat de mededeling van de punten van bezwaar aan de betrokkenen in een kartelprocedure de belangrijkste feiten beknopt dient te vermelden (zaak 41-69, Jurisprudentie, 1970, blz. 661, 687). Uit de onderhavige punten van bezwaar blijkt, dat in casu aan dit vereiste is voldaan, ook al bevatten de punten niet alle economische details (zoals bij voorbeeld het produktieprogramma van Schmalbach) en al gaan zij bovendien niet nader in op de rechtsopvatting der Commissie inzake artikel 86.

bb) Voorts klagen verzoeksters dat de vertegenwoordigers der Commissie en de andere autoriteiten bij de mondelinge hoorzitting geen enkele vraag hadden gesteld. Hieromtrent zij opgemerkt dat de mondelinge hoorzitting volgens artikel 7 van verordening nr. 99 ten doel heeft de schriftelijk gemaakte opmerkingen toe te lichten en nader uiteen te zetten, zodat

het horen een summier karakter kan hebben, indien de schriftelijke verklaringen zeer uitvoerig zijn. Daar dit laatste hier het geval was, lijkt het niet onlogisch dat bij de mondelinge hoorzitting verder geen vragen zijn gesteld. In dit verband is er dus geen reden voor een verwijt aan de Commissie.

cc) Wat ten slotte de vraag betreft, of Continental tijdens de administratieve procedure voldoende gelegenheid heeft gehad om opmerkingen te maken, kon de Commissie aantonen dat in de procedure ook aan deze onderneming voortdurend brieven zijn gericht. Ik verwijs daartoe naar de uitvoerige uiteenzettingen in het verweerschrift. Daar overigens

de Commissie in een brief van 14 mei 1970 van de huidige gemachtigde van verzoeksters aan het voor mededingingszaken bevoegde lid der Commissie werd verzocht haar vragen in verband met de verwerving van Thomassen-aandelen niet te richten aan Continental maar aan Europemballage, en daar ook de vice-president van Continental bij de hoorzitting tegenwoordig was, kan worden aangenomen dat ook Continental niet alleen volledig op de hoogte is gesteld van de punten van bezwaar, maar eveneens zeer in het algemeen voldoende gelegenheid heeft gekregen om opmerkingen te maken. Zo gezien, zijn er voor deze klacht dan ook geen gronden te vinden.

#### 6. Samenvattend concludeer ik als volgt:

Op grond van mijn standpunt over de principiële vraag van de toepassing van artikel 86 op gevallen als het onderhavige, doch ook omdat de economische overwegingen van de Commissie op het punt machtspositie en wijziging van de mededingingsverhoudingen mij niet overtuigend voorkomen, dient het door Europemballage en Continental ingestelde beroep gegrond te worden verklaard. Mitsdien moet de beschikking der Commissie van 9 december 1971 worden vernietigd en zal de Commissie de kosten van het geding hebben te dragen.